

# METODOLOGÍA Y MÉTODO DE LA CIENCIA LEGISLATIVA

5

Manuel Asdrúbal Prieto Salas\*

## La disminución del poder legislativo

El fenómeno transformativo de la constitucionalización del derecho ha producido cambios significativos en el positivismo jurídico tradicional, evolución que ha sido determinante en la pérdida de relevancia de la función legislativa en los Estados modernos, y que ha elevado la importancia del órgano judicial en el concepto y la operatividad del derecho. Estos cambios sustanciales pueden observarse desde el análisis de los paradigmas del positivismo, que en sus etapas primitivas consideraba que el derecho no era más que la manifestación de la voluntad de la autoridad política dirigida a un subordinado para que este hiciera algo, anexando la amenaza de causarle daño en caso de que no satisficiera la obligación impuesta por su superior político (Austin, 2002). En este punto subyace la importancia suprema del órgano legislativo, toda vez que será considerado derecho el mandato que él emita, y deja en un segundo plano la función desarrollada por el operador judicial. Análogamente, el joven Savigny (Zuleta, 1976) consideraba que el derecho es el producto de la función legislativa del Estado, donde era necesario determinar el origen de su positividad por medio de elementos verificables

.....  
\* Abogado; magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Docente de Lógica Jurídica y Teoría del Derecho, Universidad Católica de Colombia, adscrito al grupo de estudios teórico-jurídicos *Phronesis*.

empíricamente, suministrados por la historia. A su vez, dichos elementos ayudan a superar las tesis apriorísticas defendidas por el iusnaturalismo. Es plausible afirmar que para el paleo-positivismo y la escuela histórica alemana de Austin y Savigny respectivamente, no era posible lograr una distinción conceptual entre el jurista y legista (Zuleta, 1976).

Gradualmente, el rol del operador judicial va incrementándose por ser el eslabón fundamental entre el mundo ficticio del derecho y la realidad social, como se puede inferir del sistema estático del derecho, donde el razonamiento del operador valida el contenido normativo de la conclusión en la aplicabilidad de una norma al caso concreto (Kelsen, 1986). La pérdida de relevancia de la función legislativa se acentúa más en el positivismo jurídico de la posguerra, que se caracteriza por relacionar conceptualmente el derecho y la moral. En esta corriente de pensamiento es necesario diferenciar dos tipos de reglas, las primarias y las secundarias. Las primarias imponen obligaciones, o prohibiciones a los sujetos normativos. En cambio, las secundarias cumplen funciones indispensables en el sistema, entre las cuales se encuentran: la adjudicación de poderes a los órganos primarios, secundarios y terciarios (regla secundaria de adjudicación); la actualización de la legislación en el tiempo, permitiendo el cambio de normas obsoletas por nuevas normas (regla secundaria de cambio); y c) validar una norma para un caso determinado (regla de reconocimiento) (Hart, 1968).

Cabe anotar que en el modelo positivista hartiano el fundamento de validez normativo, y, por tanto, el elemento principal del mismo, es la regla de reconocimiento, que es operada por el funcionario judicial. Lo descrito lleva a que la división orgánica que se propone en el concepto del derecho sea confusa, ya que el órgano primario es el legislador y no el juez (Rodríguez, 2012). Evidentemente, en este punto la función legislativa pierde su relevancia, y da paso a la decisión judicial como elemento principal en la teoría del derecho. Aunado a ello, el poder supralegal conferido a las constituciones políticas nacionales produjo una nueva jerarquización que dejó supeditada la legalidad al ámbito constitucional. Es decir, la constitución se consolida en la norma de normas que no puede ser contraria, en tal evento, la contradictora debe ser derogada por inconstitucional, lo que conlleva que las cartas políticas hoy en día sean un criterio de validez relevante del sistema jurídico. De ese modo, se observa que los Estados constitucionalizados manejan dos tipos de sistemas, uno constitucional y otro legal, solo que el

primero, al contener valores políticos positivos de rango constitucional, irradia validez al ordenamiento legal (Alexy, 1994).

### *El papel del tribunal constitucional en la pérdida de poder legislativo*

En este nuevo paradigma constitucional emergen nuevas problemáticas para la visión metodológica y científica de la teoría de la legislación, entre las más destacadas se encuentra la creación de un tribunal especial que tendrá como única función proteger los valores consagrados en la constitución. Los primeros aportes teóricos sobre el funcionamiento de esta entidad pueden rastrearse en los trabajos de Hans Kelsen y Carl Schmitt, los cuales sostuvieron debates filosóficos en torno a su composición y funcionamiento. Sobre la confrontación, cabe resaltar que se contextualiza en la república de Weimar (1929-1933) (Schmitt y Kelsen, 2009), época de transición conflictiva para los Estados europeos, sobre todo para los imperios prusiano y austrohúngaro, que fueron disueltos y desmembrados después de la derrota sufrida en la Primera Guerra Mundial. Las consecuencias de la pérdida no solo afectaron el componente territorial, también hubo cambios significativos en sus formas de gobierno tradicional, que fueron reemplazadas abruptamente, pasando de una monarquía militar a una democracia participativa (García, 1998). Precisamente, esta nueva realidad jurídico-política es el caldo de cultivo perfecto para que estos juristas construyan su percepción sobre las constituciones políticas, y sobre quién debería ser su defensor. Aunque ambos defendían posturas disímiles, acuerdan en todo caso que el Estado debe poseer una carta política con su propio defensor, que tendrá la función de evitar la transgresión de su contenido axiológico. La forma de institucionalizar cada uno de estos elementos fue el detonante de sus grandes discusiones teóricas (Schmitt y Kelsen, 2009).

Por parte de Kelsen, el guardián de la constitución debe ser una institución *ad hoc*, que tiene la única finalidad la protección constitucional. Para Schmitt, esta función debe recaer en el jefe de Estado (Schmitt y Kelsen, 2009). Los argumentos a favor y en contra pueden analizarse desde los fundamentos filosóficos que manejaba cada jurista, ya que uno era neokantiano y el otro hegeliano. Algunos autores sostienen que la teoría trascendental neokantiana fue el marco para el desarrollo de una teoría democrática participativa kelseniana, e incluso

ayudó a fundamentar los grandes problemas medulares de su famosa teoría pura del derecho (Paulson, 2003). Para Schmitt, la filosofía de hegeliana fundamenta los alcances jurídicos del concepto de territorio. Según él, la identificación del territorio permite el establecimiento de un sistema jurídico propio, que ayuda a las personas que viven en su interior a disfrutar de los beneficios de su trabajo. En ese orden, la diferenciación territorial no solo puede verse desde el ámbito jurídico, también admite una perspectiva política que determina la distinción entre “nosotros y ellos”, posición que radicalizará Schmitt al afirmar que lo externo del territorio es el enemigo, en alusión al concepto de enemigo ético de Hegel (Serrano, 2007).

Evidentemente, las teorías de Kelsen y de Schmitt sobre el guardián de la constitución no podrían ser aplicadas en su totalidad a la realidad jurídica contemporánea. En el caso de Schmitt, al sostener que el jefe de Estado es el defensor supremo de la constitución, que a su vez debe estar separado de la influencia de los partidos políticos, omite la realidad de posibles interpretaciones arbitrarias de la constitución destinadas a la satisfacción de intereses egoístas, producto de lo que él considere salvaguardar la carta política (Schmitt y Kelsen, 2009). Por otra parte, la postura de Kelsen también incurre en un yerro al considerar que el contenido de la constitución política es mutable de acuerdo con lo que consideren las fuerzas políticas, ya que no se diferenciaría si el tribunal es un protector de la constitución, o simplemente un servidor de la decisión constitucional adoptada por las fuerzas políticas, postura que le daría un poder supraconstitucional al aparato legislativo por ser la máxima representación del poder político del pueblo (Schmitt y Kelsen, 2009). Pero, a pesar de sus defectos —que fueron probados por el devenir de la historia—, es de rescatar que la única manera de garantizar la protección de los valores constitucionales es a través de mecanismos jurídicos previamente normados, además del llamado poder de cierre del tribunal constitucional, que refuerza la postura de esta entidad como la *ultima ratio* en la decisión judicial sobre aspectos constitucionales (Schmitt y Kelsen, 2009).

La evolución del concepto de tribunal constitucional en su función defensora de la constitución ha reforzado su poder dentro de la estructura jurídica; sin embargo, la función protectora no es de su exclusividad, toda vez que la protección de los valores y principios supremos también recae en todo el aparato jurisdiccional, solo que en este último evento podrá inaplicar la norma transgresora de la

constitución, mas no podrá derogarla expresamente de la manera que lo hace la corte constitucional (López, 2005). Pero el poder más interesante de este tipo de tribunales es la posibilidad de crear condiciones jurídicas que puedan aplicarse a todos los sujetos de un territorio, y no solo a las personas que son parte integral del proceso. Es decir, tener la capacidad de crear normas de la misma manera que lo hace el órgano legislativo, no solo en el aspecto negativo propio de la derogación por inconstitucionalidad, sino también en el aspecto positivo (Couso, 2004). El activismo judicial en el campo de derogación negativo se popularizó en la década de 1990 durante de la democratización de Estados-naciones que venían de dictaduras, los cuales a través de la ficción de la democracia terminaban eligiendo a sujetos que, una vez en el poder, transgredían los derechos de las minorías y los contradictores políticos (Couso, 2004). Esta problemática llevó a que la postura de las cortes constitucionales se fortificara para evitar este tipo de transgresiones, realizando un control político a las normas emitidas por los órganos legislativos, control que se desarrolla de forma negativa al declarar la inconstitucionalidad de normas que de su interpretación se pueda deducir una clara vulneración al contenido axiológico de la carta política (Couso, 2004). Pero dentro del activismo judicial, el criterio que más llama la atención es la capacidad de generar normas de carácter obligatorio para la sociedad, en términos claros, legislar positivamente, asemejándose a los sistemas de precedente judicial. De lo anterior se desprende que dicha consecuencia del activismo solo se dimensiona desde los sistemas jurídicos de corte Europeo-continental que basan su criterio de validez en el principio de legalidad.

A pesar de todo, la pérdida de relevancia en la función legislativa no debe entenderse como un fenómeno negativo para la sociedad, ya que ha sido la historia misma la que ha mostrado la necesidad de reforzar el poder constitucional para evitar las arbitrariedades de las mayorías políticas, y el abuso de los derechos de los menos afortunados, además de ser una herramienta idónea en contra del despotismo, y de la ineficiencia de las entidades sociales en el cumplimiento de sus funciones.

## Epistemología legislativa

Poder establecer la argumentación jurídica legislativa y la técnica legislativa como metodologías de investigación requiere de la superación de problemas más complejos que la pérdida de relevancia del principio de legalidad y su posición de criterio único de validez del sistema. Dicho problema consiste en la consideración de la legislación como ciencia. La calificación de estructuras lingüísticas bajo el rótulo de ciencias no ha sido sencilla, de hecho han existido varios debates en contra de la científicidad de las humanidades, los cuales alcanzaron su cúspide en siglo XIX. En este siglo, los representantes de las ciencias físico-naturales argumentaban que si “algo” quería ser ciencia debía satisfacer los pasos del llamado “método científico”. Si no se lograba dicho cometido, entonces el sistema de proposiciones no era considerado una ciencia (Mardones y Ursúa, 2012). La defensa por parte de los representantes de las ciencias del espíritu fue espectacular, al atacar las bases mismas de lo que debe considerarse ciencia, toda vez que un análisis histórico reflejo que nunca existió claridad ni univocidad respecto de la designación de este concepto (Mardones y Ursúa, 2012).

El rastreo histórico del concepto de ciencia evidenció que en sus etapas primitivas existieron dos tradiciones importantes en la filosofía de la ciencia, la llamada tradición aristotélica y la tradición instrumental galileana. La primera de ellas comienza con la observación del fenómeno, que a través de la inducción formula una proposición que debe ser explicada causalmente (Mardones y Ursúa, 2012). A su vez, la explicación causal aristotélica se divide en cuatro causas: material, formal, eficiente y final. La primera de ellas refiere al elemento del que proviene algo, es una tesis ontológica de los elementos que están sujetos a movimiento; la segunda causa alude a la forma que adopta la materia en los objetos, que a pesar de estar formados con los mismos elementos, figurativamente son distintos, por ejemplo, la pipa de madera que se distingue de la mesa de madera en su forma; la causa eficiente es el principio de cambio de los objetos que están en movimiento, por medio de esta fuerza interna o externa la materia adopta la figura; y, por último, la causa final se enfoca en determinar la finalidad de materia figurada eficientemente, en otras palabras, saber cuál es su propósito o fin en el universo (Vigo, 2010). En contraposición al método finalista aristotélico se encuentra la visión metodológica instrumental de Galileo, es de aclarar que este método no es

una idea exclusiva de Galilei, su tradición se remonta al pensamiento platónico y pitagórico (Mardones y Ursúa, 2012), donde se consideraba fundamental la posible matematización del lenguaje. Para Galileo era indispensable que todos los cálculos descriptivos de los fenómenos naturales fueran demostrados por medio de la experimentación. Esto lleva a que las experiencias sensoriales precedan a toda estructura filosófico-descriptiva, y a las nociones teológicas (Pérez, 1998).

Gran parte de la noción de precedencia del mundo sensorial del hombre a todo tipo de construcción filosófica se debe a la influencia de la filosofía humanista, que ayudó a la superación del oscurantismo por medio del Renacimiento. Superación que fue posible por la reinterpretación de la teoría de los conceptos platónicos, la cual fue usada para tener un mejor entendimiento del génesis bíblico. El resultado de esta investigación engrandeció la posición del ser humano respecto de los demás seres de la creación, incluidos los seres súper-rationales, toda vez que según la narrativa bíblica, el único ser que fue diseñado a imagen y semejanza de Dios fue el hombre (Pico Della Mirandola, 2004). Irónicamente, la interpretación platónica de la teología ayudó a superar la visión mitológica de todas las ciencias, al considerar al hombre el centro del universo, que tiene el derecho de instrumentalizar al mundo a su servicio. Se evidencia cómo en este método se excluye la causa final o teleológica de los objetos, ya que su única finalidad es satisfacer los deseos del ser humano (Pérez, 1998).

### *El ascenso de las ciencias sociales con las revoluciones burguesas*

En este punto de la humanidad, la epistemología se enfocó con exclusividad en las ciencias físico-naturales, por ser estas los medios más idóneos para que la naturaleza rindiera beneficios económicos a los patrocinadores de los grandes pensadores. Estos últimos consideraban que no era necesario estudiar la sociedad, por ser un fenómeno evidente e inmutable en el tiempo. Sin embargo, con el acaecimiento de las revoluciones burguesas cambiaron drásticamente las dinámicas sociales de poder, además de reemplazarse los antiguos modelos económicos feudales. Por lo cual, se gestó una nueva visión de la ciencia donde la sociedad sí podía ser vista como objeto de estudio (Montbrun, 2010). El suceso histórico que terminó de fundamentar la importancia de la investigación social fue la Revolución francesa.

Después del efecto dominó que causó este evento, se desarrollaron varios métodos para lograr la elucidación científica de la sociedad durante las revoluciones burguesas, entre los más destacados se encuentran el positivismo científico representado por John Stuart Mill y Augusto Comte, y el método hermenéutico de Max Weber (Mardones y Ursúa, 2012). El primero de ellos, también llamado monismo metodológico, sostenía que toda explicación de fenómenos sociales debía reducirse al método de las ciencias físico-naturales para tener una visión objetiva del problema. Sin embargo, esta tarea presenta ciertas dificultades, toda vez que la verificación de las hipótesis sociales a través de la experimentación es una labor maratónica, que en ciertos eventos se transforma en imposibilidades fácticas (Mardones y Ursúa, 2012).

La metodología hermenéutica, en contraposición al monismo metodológico, fue diseñada por Droysen, Dilthey, Simmel y Weber (Mardones y Ursúa, 2012). Este método se caracteriza por dar prelación a la relación pragmática en el análisis científico de los problemas sociales, de ello se desprende la famosa distinción entre el entendimiento y la comprensión del problema investigativo. Según ellos, todo problema social puede estudiarse desde estos ámbitos, solo que el segundo es más profundo en la identificación de sus causas y posibles soluciones. Esto se debe a que el entendimiento del problema se hace desde la perspectiva externa, o también llamada posición de observador, que lleva a conclusiones superficiales del fenómeno. En cambio, la comprensión del problema implica que el investigador debe estar inmerso en las situaciones sociales problemáticas (González, 2011). De ese modo, sus conclusiones científicas serán sustanciales, ya que, al no ser un mero observador, el investigador asume la posición de partícipe, esto le permite conocer detalladamente los elementos configurativos del fenómeno por investigar (González, 2011). La distinción entre estas dos metodologías es tan significativa, que es posible que las conclusiones respecto de las causas y de las soluciones sean disímiles incluso si se hacen sobre el mismo objeto de investigación.

A pesar de las discrepancias metodológicas entre el positivismo científico y el método hermenéutico, es de resaltar la importancia de las revoluciones burguesas en el alcance que adquirió la investigación social. Por tanto, se legitima a las humanidades bajo el rótulo de ciencias propiamente dichas, y se superan las acusaciones y las limitaciones impuestas por los seguidores de las ciencias



físico-naturales en el siglo XIX. A manera de ejemplo se puede observar cómo el astrónomo y filósofo Inmanuel Kant cambió su paradigma investigativo gracias a la inspiración que recibió de la Revolución francesa, que le permitió escribir la obra de derecho moderno más importante de la historia, *La metafísica de las costumbres* (Kant, 2002).

### *La legislación como ciencia social*

Ahora bien, superada la problemática sobre la científicidad de las humanidades, es menester solucionar el cuestionamiento sobre la calificación de la legislación como ciencia social. Manuel Atienza considera que la legislación puede vislumbrarse de manera científica cuando se ocupa del proceso de producción de normas jurídicas. En ese orden, debe tener en cuenta que la ley satisfaga ciertos caracteres formales, y que produzca los efectos deseados en el sistema jurídico y en la sociedad (Atienza, 1989). Lograr lo descrito requiere cumplir con el famoso criterio de *racionalidad legislativa* en sus cinco niveles: (R1) Racionalidad lingüística, que consiste en que el legislador, en su función emisora, debe tener la capacidad de enviar un mensaje claro a los receptores o sujetos normativos; (R2) Racionalidad jurídico-formal, donde las leyes nuevas deben introducirse armónicamente al sistema jurídico; (R3) Racionalidad pragmática, donde la conducta de los sujetos debe adecuarse a lo prescrito por la ley; (R4) Racionalidad teleológica, la ley debe alcanzar los fines sociales perseguidos; y (R5) Racionalidad ética, alude a los principios jurídicos emitidos por el órgano legislativo, que están destinados a satisfacer valores supremos que se justifican a través de la ética (Atienza, 1989). Sin embargo, la labor de considerar a la legislación una ciencia no se ve clara con el simple cumplimiento de los criterios de racionalidad. Otra de las cuestiones problemáticas en la teoría de la legislación es la distinción entre esta con la técnica legislativa, ya que la última pretende el desarrollo de mejores normas con la satisfacción de ciertas reglas lógicas y semióticas, pero no se interesa por elevar la operatividad productora de normas al nivel científico.

Una teoría de la legislación plausible deberá encargarse del análisis general de las leyes, manteniendo un nivel de abstracción elevado que impida su encasillamiento en el método de producción normativa de cada país. En ella la racionalidad es un elemento fundamental, pero no exclusivo, en su constitución (Campos, 2006).

A pesar de ser distinta a la técnica legislativa, la ciencia de la legislación debe aportar elementos teórico-prácticos para la perfección de la primera, es decir, trabaja tanto aspectos externos descriptivos como internos operativos. En ese orden de ideas, se puede concluir que la técnica legislativa es una parte más de la teoría legislativa (Campos, 2006). Sin embargo, la mayoría de las propuestas desarrolladas se enfocan en la fase operativa, y no tienen en cuenta el origen del problema social que se pretende solucionar con la producción normativa, por lo que dejan de lado los aspectos sociológicos, que en definitiva serían en objeto de estudio de esta ciencia, más que la forma correcta de hacer leyes.

### *El objeto de la ciencia legislativa*

Contrario a la mayoría de visiones de la teoría de la legislación, las cuales se enfocan en el proceso legislativo, debe advertirse que la finalidad de su trabajo no es el perfeccionamiento de su técnica, ni tampoco buscar elevar el nivel de racionalidad para obtener por este medio su científicidad. Si no, que el objeto mismo de esta ciencia son los problemas que se presentan al interior de una sociedad, los cuales necesitan ser solucionados por medio de leyes coherentes con su realidad. Esta última postura refleja que los aspectos por solucionar están en la fase prelegislativa y no en la legislativa. Lo descrito desvirtúa en parte la afirmación de García Amado sobre el contenido de las leyes, que según él, es una cuestión de decisión política (García, 2003). Se considera que el yerro es parcial, evidentemente, el contenido de las leyes es político-deliberativo, pero el problema sobre el que introducen su posición es fáctico. Esto lleva a que el contenido de la ley es el fenómeno social que se debe resolver a través de la emisión de esta, y la politización que irradia a dicho fenómeno se da cuando los parlamentarios, desde su posición moral válida, opinan sobre los alcances sociales del mismo, y proponen un tratamiento jurídico ya sea para eliminarlo o fomentarlo. La decisión política siempre estará presente en las leyes, pero como calificación subjetivo-política de lo que realmente es importante en el contenido de la ley, que es el conflicto social presente. Por ende, en una teoría plausible de la legislación, el objeto principal de estudio debe estar en la fase prelegislativa, y no en la legislativa.

Los análisis desde la perspectiva externa que han desarrollado los sociólogos del derecho determinaron que sus estudios pueden darse desde un aspecto

genético y desde un aspecto emergente (Soriano, 2011). Los estudios genéticos aluden precisamente a la fase prelegislativa que hace el sistema de derecho, el cual al observar las problemáticas presentes decide regularlo normativamente. “La sustitución de las viejas por las nuevas normas presupone una indagación de los estándares sociales sobre los que se han de construir los nuevos valores y principios jurídicos; esta indagación corresponde al sociólogo del derecho que en este caso asume una extraordinaria responsabilidad” (Soriano, 2011).

De lo anterior se deduce que la labor de indagación del sociólogo es fundamental para el fortalecimiento del vínculo entre legalidad y legitimidad, ya que es posible que aunque las leyes tengan un elevado nivel de racionalidad, no satisfagan los valores morales que va adquiriendo la sociedad mutante. Esto conduciría a un posible desobedecimiento de sus contenidos prescriptivos, incluso con un alto nivel de racionalidad. Bajo este entendido, la omisión de los estudios sociológicos sobre los valores sociales en fase prelegislativa, lleva ineludiblemente a la ineficacia normativa en fase poslegislativa (Soriano, 2011).

Por otra parte, el derecho también tiene la obligación que satisfacer las precarias necesidades de una integración social, que se satisface con las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente (Habermas, 2001). Es decir, este proceso de validez del derecho se logra con la comunicación de una comunidad que expone necesidades con el propósito de que el derecho produzca leyes que las satisfagan, y, a su vez, los ciudadanos receptores de dichas leyes las cumplirán bajo el entendido de que ellas son el producto de un proceso de comunicación, el cual busca mejorar las condiciones de vida que ostentan, por esta razón las leyes emitidas por el derecho son válidas (Habermas, 2001).

El derecho moderno renueva el fundamento de la eficacia normativa, reemplazando la tradición absolutista del obedecimiento ciego de la ciudadanía —el cual dejaba en manos de esta la responsabilidad en el cumplimiento del contenido prescriptivo del ordenamiento jurídico—, por una tesis en donde las normas deben cumplir ciertos parámetros valorativos para legitimar su obediencia (Habermas, 2001). En ese sentido, dichas normas deben asegurar las compatibilidades de las libertades de acción. Para Habermas, las leyes reciben *legitimidad* del proceso legislativo de producción normativa, esto se debe a que este organismo justifica sus facultades en el principio de soberanía popular que reside inicialmente en los

derechos subjetivos de los ciudadanos a su *autonomía política*, de ese modo surge la tesis que sostiene que la legitimidad nace de la legalidad (Habermas, 2001).

Se puede concluir que la teoría de la legislación es una ciencia social bastante peculiar y multidimensional, cuyo objeto de estudio ha sido confuso al enfocarse en los aspectos internos racionales de la producción normativa, dejando de lado el elemento social que, en últimas, es el que proporciona el material de trabajo de la argumentación jurídica legislativa, y de la técnica legislativa. Además, la sociedad misma es la que determina la eficacia de las leyes producto de la deliberación política en fase legislativa. Gracias a estos argumentos es posible solucionar la confusión sobre el objeto de estudio de la teoría legislativa. A pesar de ello, la elucidación del objeto no es suficiente para adquirir la calificación de ciencia, también es necesario que se desarrolle un método.

### La confección de la metodología legislativa

Identificado el problema social por parte de la ciencia legislativa, será necesario diseñar un método que proporcione soluciones jurídicas idóneas. Al respecto hay que aclarar que el órgano legislativo solo puede proveer soluciones generales y abstractas, toda vez que el funcionario judicial es el encargado de aplicar las abstracciones a casos concretos específicos. De lo anterior es racional plantearse el siguiente cuestionamiento: ¿cómo es posible que el legislador solucione problemas jurídicos si la aplicación del derecho está en manos de los jueces? La solución a dicho cuestionamiento fue pensada por George Henrick von Wright cuando diseñó la lógica de satisfacción normativa; según él, las normas genuinas que se estructuran a través de formulaciones normativas de segundo orden, que poseen más de dos operadores modales deónticos OOp, solo pueden ser satisfechas si se implica el concepto de transmisión de voluntad (von Wright, 2001). Normalmente toda norma, al ser una entidad temporal, requiere que durante su vigencia los sujetos normativos desarrollen las acciones que se prescriben de una forma especial para cumplir con el contenido de la misma. Por ejemplo, para satisfacer una permisión (Pp) se requiere que el agente materialice la acción facultada en el tiempo por lo menos una sola vez; en cambio, la satisfacción de una obligación (Op) requiere que el estado de cosas que obliga se realice permanentemente por parte del agente durante la vigencia de la norma (von Wright, 2001).

Pero la aplicabilidad de la lógica de la satisfacción normativa a formulaciones normativas de segundo orden es un poco más compleja, toda vez que exige la existencia de autoridades normativas inferiores. Ejemplo de ello, para satisfacer la formulación OOp se requiere que una autoridad superior ordene a una autoridad inferior que expida normas que establezcan el estado de cosas “p”. Sin embargo, con el hecho de la emisión de la obligación inferior no se podría entender que la formulación de segundo orden quede satisfecha, ya que la pretensión real de la autoridad superior es que desarrolle efectivamente el estado de cosas “p” (von Wright, 2001). En términos más pedagógicos, si un jefe le dice a un subordinado con autoridad que obligue al trabajador nuevo a hacer las demandas ejecutivas, la pretensión del superior no queda satisfecha con el simple hecho de que la autoridad subordinada le emita la orden al nuevo, sino que se requiere que este último haga efectivamente las demandas ejecutivas.

Lo mencionado se conoce con el nombre de *principio de transmisión de voluntad*, sin dicha noción la teoría de la satisfacción de normas de orden superior no sería interesante, además es gracias a este concepto que se evidencia la forma en que el legislador soluciona problemas jurídico-sociales de manera indirecta, y obliga o faculta a otro tipo de autoridades para que estas emitan normas técnicas que logren satisfacer los fines procurados por la autoridad normativa superior (von Wright, 2001).

Entendida la forma de entrada de los problemas sociales al sistema legislativo, y la manera en que este proporciona soluciones emergentes reguladoras de la sociedad a través del principio de *transmisión de voluntad*, es necesario establecer las pautas internas de operatividad de este sistema. Para Bulygin (1991) existen dos grandes fases en el método de producción normativa, la fase política valorativa y la fase técnica. La primera de ellas se fundamenta en el debate público o también llamado principio democrático, que tiene la finalidad de fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas que pueden encontrar asentamiento en todos los miembros de la comunidad jurídica (Habermas, 2001). Es la parte discursiva de producción normativa que pretende validez legítima. El principio democrático, en sí mismo, explica la autorrealización de los miembros de una comunidad que entraron voluntariamente a la misma y que reconocen recíprocamente los derechos de sus pares (Habermas, 2001). Por otra parte, la

fase técnica se ocupa de los aspectos racionales de la producción legislativa, que pueden verse desde las dimensiones lingüística y lógica.

Para Gonzalo Santiago Campos (2006), la argumentación jurídico-legislativa se encuentra en los problemas lógicos, dejando de lado las dificultades que puedan presentarse en la dimensión lingüística del componente técnico, ya que, según él, son exclusivas de la técnica legislativa. El fundamento de su observación radica en que la aceptación de las normas estatales depende en gran medida de la racionalidad de las mismas. A su vez, esta se evidencia en la forma de argumentar las leyes en las fase prelegislativa y legislativa (Campos, 2006). Pero la operatividad de la racionalidad en el contexto legislativo es más entendible cuando se aborda desde la propuesta de Atienza de los cinco modelos de racionalidad enunciados en el subcapítulo dos del presente trabajo. Dichos modelos sirven para diseñar dos perspectivas de análisis, una interna y la otra externa (Atienza, 1989).

### *Perspectiva interna*

De la aplicabilidad de los cinco modelos racionales a la perspectiva interna se obtiene la siguiente subdivisión:

- a. Racionalidad lingüística del análisis interno: desde este punto, la argumentación jurídica legislativa se asemeja al proceso de comunicación, donde el sistema jurídico es visto como un sistema de información. En ese orden de ideas, el edictor asume el papel de emisor o redactor del mensaje y el conglomerado social el de receptor. Este último aspecto es el más problemático en este nivel de racionalidad, ya que la identificación del receptor debe hacerse con claridad lingüística para evitar equívocos sobre el sujeto que está sometido al designio de la prescripción. Sin la clara identificación de los dos lados de la comunicación es imposible entablarla, para evitar dicha imposibilidad, el edictor puede valerse de otras ciencias distintas al derecho para poder clarificar los participantes (Campos, 2006).
- b. Racionalidad jurídico-formal del análisis interno: en este nivel de racionalidad los sujetos que intervienen en la relación legislativa están previamente designados por el sistema jurídico. Este último es entendido como corpus normativo o conjunto de normas válidamente emitidas de

funcionamiento sistémico (von Wright, 2001). Dicho funcionamiento solo puede ser alcanzado si las nuevas leyes emitidas guardan coherencia lógica con las ya establecidas. En este punto también se evidencia la necesidad de solucionar otros problemas lógicos presentes en los sistemas normativos, como las lagunas normativas, la redundancia y la incoherencia (Bulygin y Alchourrón, 2013). El primero de estos problemas se presenta cuando no existe una solución maximal para el caso concreto; el segundo se configura cuando el sistema tiene dos o más soluciones maximales para cada caso; y por último, la incoherencia se da cuando las soluciones maximales que le proporciona el sistema al caso son contradictorias, por ejemplo, al mismo tiempo se prohíbe y se permite fumar (Bulygin y Alchourrón, 2013). La importancia de este nivel de racionalidad es fundamental porque, precisamente, en él se desarrolla la llamada técnica legislativa, ya que al regular la producción normativa con parámetros lógicos el sistema enriquece su técnica (Campos, 2006).

- c. Racionalidad pragmática del análisis interno: este nivel está enfocado en la eficacia del sistema normativo, toda vez que no basta con que las normas del sistema sean lógicamente coherentes, si no existe obediencia por parte de los sujetos normativos. La búsqueda del llamado derecho en acción refleja la necesidad de incluir estímulos negativos y positivos en la sintaxis de la norma (Campos, 2006). Sobre este aspecto se encuentra el debate Austin-Bentham. Para el primero, el contenido sancionador del mandato no puede implicar un estímulo positivo o premio para la satisfacción del contenido normativo por parte del destinatario, ya que la naturaleza del mandato se trastorna y podría confundirse con un contrato (Austin, 2002). En el caso de algunas normas se busca que su contenido no sea cumplido, a este fenómeno se le denomina uso simbólico del derecho, ejemplo de ello son los tipos penales de la legislación colombiana que formulan la acción típica de manera positiva anexándole una sanción privativa de la libertad, con la finalidad de que los destinatarios no adecuen su accionar a lo prescrito por la norma, y así cumplir con la verdadera intención del legislador. Es decir, la norma no expresa literalmente la prohibición de matar, de robar, de secuestrar, etc., la cual debe ser deducida por sus destinatarios.

- d. Racionalidad teleológica del análisis interno: el órgano legislativo, al ser elegido por medio del voto, se configura en una expresión más de la soberanía popular; en ese sentido, es poseedor y garante de los intereses sociales, los cuales deben ser protegidos por medio de las leyes. Este nivel de racionalidad muestra que las leyes no tienen la única función de crear situaciones de obligación para los sujetos normativos, también pretenden satisfacer gradualmente algún valor social, por ejemplo, una ley que destina un mayor presupuesto a la educación. Desde la visión teleológica, el sistema jurídico es concebido como un medio para la consecución de valores sociales (Campos, 2006).
- e. Racionalidad ética del análisis interno: al contrario de los demás niveles de racionalidad, el ético se caracteriza por tener una función negativa evaluadora del sistema normativo, el cual será evaluado desde un sistema ético. La elección de este último es indispensable, ya que de él se desprende el catálogo de valores que componen el nivel teleológico. Respecto a los fines que procuran los sistemas jurídicos modernos, Atienza considera que son igualdad, libertad y justicia (Campos, 2006).

### *Perspectiva externa*

El análisis externo de la metodología legislativa puede observarse desde un nivel estático y un nivel dinámico. El primero, en términos generales, muestra cómo se relacionan abstractamente los niveles de racionalidad; en cambio, el dinámico establece las posibles combinaciones entre los niveles (Campos, 2006).

- a. Estática legislativa: la plausibilidad en el desarrollo de una adecuada metodología legislativa requiere que, a través de ella, se logren alcanzar todos los niveles de racionalidad de manera conjuntiva. Pero del análisis abstracto de sus relaciones se deducen ciertas complejidades de armonización. Como evidencia de ello existen un gran número de leyes vigentes en los ordenamientos jurídicos que carecen de varios niveles de racionalidad (Atienza, 1989). Por ejemplo, la racionalidad lingüística puede relacionarse con los otros niveles. Sin embargo, abstractamente hay cierta dificultad en lograr vincularla de manera satisfactoria con el nivel pragmático, cuando materializa sus objetivos a través del uso simbólico del



derecho (Campos, 2006). Recuérdese que dicho uso se caracteriza porque el mensaje del edictor no es claro, y busca que el sujeto normativo haga lo contrario de lo establecido normativamente.

De las relaciones menos armónicas de racionalidad, se encuentra, la del nivel jurídico-formal (R2) con los demás niveles, ya que, la ausencia de lógica en la construcción normativa no implica que el mensaje de la misma no sea claro (R1), o que pueda lograr los fines propuestos por el edictor (R4). La conflictividad emergente, según Santiago Campos (2006), se presenta porque en la confección de las leyes, el legislador está empleando la ayuda de otros científicos sociales distintos a los juristas.

La relación de (R3) con los otros niveles de racionalidad también presenta problemas pero con el nivel teleológico, toda vez, que existe la posibilidad que una norma sea obedecida, sin que cumpla con los fines propuestos por el promulgador. Respecto a la relación entre R4 y R5 su complejidad deriva del hecho, que el cumplimiento de los fines propuestos por la ley no implica necesariamente que se satisfaga el componente ético del sistema. Pero si abordamos la relación desde la ética, se evidencia que ella “si permite una interpretación adecuada de los fines”, es decir, que su posicionamiento es prevalente, adquiriendo la facultad de moldear los otros niveles a su acomodo (Campos, 2006). De lo anterior, surge el siguiente cuestionamiento ¿Qué valores éticos permiten una adecuada interpretación de los fines del sistema jurídico? Al respecto Peces-Barba (1984), sostiene que el valor supremo de los ordenamientos jurídicos, del que se desprenden todos derechos y principios fundamentales del sistema jurídico, es la dignidad humana.

- b. Dinámica legislativa: desde este análisis, la legislación se concibe como un proceso de decisión, en ese orden, diseña modelos de legislación para la solución de problemas sociales (Campos, 2006). Es gracias al análisis dinámico que se distinguen las tres fases de producción normativa: 1) prelegislativa, 2) legislativa y 3) poslegislativa. La primera alude al factor externo del proceso de decisión. Este a su vez es problemático respecto a su existencia, porque los problemas de incoherencia y de lagunas normativas que no pueden ser solucionados por el operador judicial deben ser estudiados por el edictor (von Wright, 2001). Es decir, que no existe

fase prelegislativa cuando se busca solucionar problemas sistémicos del ordenamiento jurídico. En cambio, las fases legislativa y poslegislativa siempre van a estar presentes en el proceso de decisión, pues ambas hacen parte de la llamada metódica legislativa, que es el proceso interno de producción normativa (Campos, 2006).

Con estos dos niveles de análisis desarrollados se construye una metodología general de la ciencia legislativa. Como primera medida, toda legislación aborda problemas internos o problemas sociales externos que deben solucionarse por medio de una decisión. En este punto se aclara que los problemas sociales externos componen la fase prelegislativa, que no se configura en todos los casos, ya que los problemas internos competen a la legislativa. Posteriormente, en fase legislativa la decisión debe comprender la solución de los problemas antes planteados adecuándose previamente a los cinco niveles de racionalidad para que la ley sea una respuesta satisfactoria. Lograr medir su nivel de satisfacción requiere del desarrollo de una fase poslegislativa de control. Lo descrito puede detallarse en las actividades propias de cada fase.

### Los pasos del método legislativo

Recuérdese que la distinción entre epistemología, metodología y método radica en el nivel de estudio que cada uno realiza sobre el fenómeno social. Las grandes discusiones sobre la forma en que realizan los científicos las investigaciones no competen a la metodología, sino a la epistemología (Sánchez, 2011). Los resultados sobre los debates en sede epistemológica constituyen el material de estudio de la metodología para diseñar nuevas reglas que tienen la finalidad de dar orden al nuevo conocimiento. En otros términos, el análisis del conocimiento con fines prescriptivos que caracteriza a la metodología permite la elaboración de un método científico específico para el fenómeno (Sánchez, 2011). Ahora bien, el trabajo desarrollado muestra cada una de estas fases, el debate epistemológico sobre la científicidad de la legislación se dio en el capítulo 2, el análisis metodológico de los debates sociales sobre la ciencia legislativa se presentó en el capítulo 3, queda por confeccionar las reglas o el método de producción del nuevo conocimiento legislativo o método legislativo. En ese sentido, el método en sede legislativa está constituido por ciertas actividades pertenecientes a cada fase que, operadas

satisfactoriamente, producirán leyes lógicamente bien formadas y socialmente efectivas.

### *Actividades de la fase prelegislativa*

Cuando logra materializarse, esta fase es de suma importancia para alcanzar los fines deseados en el debate político. Gran parte del éxito en su promulgación depende del trabajo diligente de la fase prelegislativa. Esta fase se divide en tres etapas: investigativa, de diagnóstico y elaboración de iniciativa.

- a. La actividad investigativa: la indagación sobre los problemas económicos, políticos y sociales de la realidad permite el desarrollo de una buena solución normativa, otro aspecto relevante que es necesario investigar previamente es la opinión de todos los sectores sociales sobre los problemas mencionados.
- b. El diagnóstico: con base en el recaudo de información sobre opiniones y problemas sociales, el siguiente paso es evaluar la información para la formulación de un ante-proyecto. Cabe aclarar que el ejercicio valorativo de la información debe estar a cargo de expertos en el tema, los cuales pueden identificar las causas y las consecuencias de la solución propuesta al sector social al que va destinada.
- c. Iniciativa de ley: cumplidos los dos requisitos anteriores se estructura la iniciativa. Cabe aclarar que este paso puede presentarse directamente cuando se busca solucionar lagunas normativas, antinomias, redundancias, entre otros. Para Campos (2006), toda iniciativa debe contener los siguientes aspectos: 1) planteamiento del problema; 2) tener claridad en los destinatarios; 3) establecer premios o castigos para conseguir su eficacia; 4) determinar los objetivos de la ley; 5) manifestar el contexto de elaboración de la ley; y 6) incluir las normas determinativas que sean necesarias.

### *Actividades de la fase legislativa*

Se permea la iniciativa discursivamente desde los ámbitos político y técnico. El primero de ellos se presenta cuando el problema expresado en el anteproyecto de ley se aborda desde una perspectiva político-pragmática, donde los partícipes

opinan sobre los alcances de la solución planteada. Por otra parte, el debate técnico evita que el contenido de la prescripción sea confuso para sus destinatarios, lo cual puede presentarse por problemas lingüísticos o lógicos.

Ahora bien, la especificidad de estas dos etapas discursivas dependerá en gran medida de lo establecido por la metódica legislativa de cada país. Sin embargo, estas fases de discusión siempre estarán presentes en los sistemas jurídicos modernos.

## Referencias

- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa* (6), 385-403.
- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bulygin, E. (1991). Teoría y técnica de legislación. *Revista mexicana de estudios parlamentarios*, 1 (3), 33-51.
- Bulygin, E. y Alchourrón, C. (2013). *Sistemas normativos*. Buenos Aires: Astrea.
- Campos, G. (2006). *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*. México D.F: Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.
- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de ciencia política*, 24 (2), 29-48.
- García, J. A. (2003). *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá D.C.: Temis.
- García, P. (1998). El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, (1), 65-88.
- González, E. (2011). Sobre la experiencia hermenéutica o acerca de otra posibilidad para la construcción del conocimiento. *Discusiones filosóficas*, (18), 125-143.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kant, I. (2002). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- López, G. (2005). La Jurisdicción Constitucional Colombiana: ¿Un gobierno de los jueces? *Revista Jurídica Piélagus*, 4, 7-14.
- Mardones, J. y Ursúa, N. (2012). *filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos.

•Metodología y método de la ciencia legislativa•

- Montbrun, A. (2010). Notas para una revisión crítica del concepto de poder. *Polis*, 9 (25), 367-389.
- Paulson, S. (2003). La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. *Doxa* (26), 547-582.
- Peces-Barba, G. (1984). *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos.
- Pérez, R. (1998). *¿Existe el método científico? Historia y realidad*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Pico Della Mirandola, G. (2004). *Discurso sobre la dignidad humana*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez, C. (2012). *La decisión judicial*. Bogotá DC: Siglo del hombre.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para la investigación del derecho. *Revista telemática de filosofía del derecho*, (14), 317-358.
- Schmitt, C. y Kelsen, H. (2009). *La polémica Schmitt-Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Serrano, E. (2007). Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt. *Isegoría*, (36), 125-141.
- Soriano, R. (2011). *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Vigo, A. (2010). Explicación causal y holismo de trasfondo en la filosofía natural de Aristóteles. *Kriterion*, 51(122), 587-615.
- von Wright, G. (2001). *Normas, verdad y lógica*. México DF: Fontamara.
- Zuleta, E. (1976). Savigny y la teoría de la ciencia jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, (19), 57-82.